研究動態

女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹

陳昭如*

一、前言

伴隨著婦女運動的開展與女性主義思潮的勃興，女性主義思維對各種學科、學術領域產生巨大的衝擊，挑戰了原本不被質疑的學術真理，在各個領域誕生了屬於女性主義自身的新學術，比如女性主義歷史學、女性主義社會學等等。法學領域也同樣遭受女性主義的衝擊，由於婦運法律改革經驗所帶來的貢獻與對其反省，一門新興的學科：女性主義法學於焉誕生。就抽象層次而言，女性主義法學建構了屬於女性主義的法學理論；就具體的層次而言，則是對各個法學領域進行女性主義的批判與重構。不過，與女性主義的眾多流派相同，在女性主義法律學者之間，對於女性主義法學的內涵與立場、甚至是否應該建立一種女性主義法學，都存在有相當的差異與歧見。如果要嘗試一窺諸般理論的精妙，女性主義法學眾多豐富的文獻往往讓人不知從何下手而望之興嘆。若想瞭解女性主義法學對於各個法

* 國立台灣大學法律學研究所博士班研究生，私立元智大學通識教學中心兼任講師

© 中央研究院近代史研究所

律領域的批判，則各個國家不同的脈絡與處境，更是增加了許多理解上的困難。

本文作為一個初步的介紹，並非旨在提供一個正確的「入門指南」，也不擬對於女性主義法學做出一個放諸天下而皆準的定義。從以下的討論中將可以發現那樣的企圖不僅是不可能，而且也是有問題的。毋寧說想提供一種理解女性主義法學的可能性：僅是許多種理解可能的其中一種而已。本文首先探究女性主義法學的起源。接下來則透過對各種不同流派的介紹，試圖呈現女性主義法學紛雜多姿的風貌。最後是從不同的理論進路來分析女性主義法學如何對抗父權制。因此，以下的介紹將偏重於理論建構與理論實踐的分析，而女性主義法學對於各種法學領域的批判與重構，則基於各國情境複雜性的考量，僅能在可能的範圍之內略加介紹。同時，由於本文旨在初步地介紹英美世界的女性主義法學理論，因此有關於台灣本土的理論建構與運用、發展脈絡，則很遺憾地僅能留待將來進一步的討論。

二、女性主義法學的誕生

18 世紀末 Mary Wollstonecraft 的《為女權辯護》(A Vindication for the Rights of Woman)一書宣示了女性主義的萌芽，並且女性主義一詞早在 1880 年代即被提出，卻要直到 20 世紀初才在女人爭取選舉權的脈絡之下在西方各國被廣泛地使用。[1] 同樣的，女性主義法學(feminist jurisprudence)一詞雖然在 1981 年才首度被提出，但是理論的起源卻可以溯及到 19 世紀。在 19 世紀後半葉，女性主義的訴求開始成為一種政治運動，也就是第一波婦運的出現。由於近代法律體系的建立，法律開始成為性別壓迫的重要根源，於是第一波婦運強調爭取法律權利、要求法律改革，因為既然女人的被壓迫主要源自於法律上的不平等、歧視，則解放之道自是要由法律改革開始。這可以被視為是女性主義法學的開端，此時與自由主義的平權觀念是密切

[1] 參見楊美惠，〈「女性主義」一詞的誕生〉，《女性人》，期 1(1989)，頁 22-29。

相關的。[2]

到了 1970 年代的第二波婦運，女性主義法學才逐漸成為一門學科。第一波婦運爭取到了女人的選舉權、財產權等一些平等的權利，然而女人的處境卻沒有如預期中產生相對應的改變。這時女性主義者開始思考，為什麼我們爭取到了初步法律上的平等，女人的處境卻沒有因此而獲得很大的改善？為什麼我們做了這麼多，成果卻如此地微小？正由於對第一波女性主義運動法律改革的失望，促使女性主義者不僅爭取法律上的平等權利，更進一步探討法律在生產、再生產或維繫性別壓迫所扮演的角色：原來，光在既有的法律體系下爭取平等權利是不夠的，因為這整套法律體系根本就是以男性的價值標準所建立。女性主義不能只在這個以中立客觀之名而行父權宰制之實的法律框架底下行動，還必須徹底批判翻轉這個男性的框架才行。

與此同時，女人也逐漸進入法律的實踐領域中。女人開始進入學院、法學院、政治與立法的領域。在美國， 1960 年代晚期開始有大量的女性進入法學院，同時也有「女性與法律」課程的開設。到了 1970 年代中期這些課程改名為「基於性別的歧視」(sex-based discrimination)。這些在 1960 年代末期接受法學教育的女性，有些後來成為爭取女權的女律師、女法學教授，甚至早期的女性主義法學理論家。尤為重要的是， 1960 、 1970 年代正是美國黑人民權運動的年代。這些女性在接受法學教育的同時，也深受當時黑人民運爭取少數權利思潮的影響。[3] 當時人們開始發現，原來以為是中立客觀的法律體系，卻可能是對某個群體不公平的，特別是針對特定種族的人們。而性別歧視被與種族歧視相類比，比如 1971 年美國最高法院第一次將基於性別的區分認定為違反憲法第十四修正案的平等保障，其理由即是與用來反對種族歧視相同的自由主義式論證。[4]

---

2 Carol Smart, "Feminist Jurisprudence", in *Law, Crime and Sexuality: Essays in Feminism* (London: SAGE, 1995), pp. 163-164.

3 D. K. Weisberg, "Introduction", in *Feminist Legal Theory* (Philadelphia: Temple University Press, 1995), p. xvi.

4 Patricia Smith, "Feminist Legal Critics: The Reluctant Radicals", in David S. Caudill &

由此我們看到女性主義法學的緣起，起因於第一波婦運所帶來的貢獻與對其反省。第一波婦運爭取法律上形式平等的權利、推動法律改革，促成了女性主義法學的濫觴，並且由於教育機會的開放，因此女人逐漸進入學院中，特別是女性習法的增加，逐漸打破這種學科的性別隔離(sexual division of discipline)。也因爲對於第一波婦運成果的反省與批判，促成女性主義進一步思考法律的基本結構、理論化對於法律的批判。當然，女性主義的理論擴展到各個學科領域而開花結果，也是一個重要的因素。女性主義法學這門學科的建立過程，意味著女性主義從關注法律改革、努力將女人納入法律架構，逐漸轉移到批判法學的基本預設、邏輯、價值、中立性與客觀性。[5]

女性主義法學一詞的正式出現，則要等到 1981 年 Ann Scales 發表了題爲〈邁向女性主義法學〉(Toward a Feminist Jurisprudence)的一篇文章。[6] 1983 年美國最有名的兩個法律刊物：《哈佛法律評論》(Harvard Law Review)與《耶魯法律期刊》(Yale Law Journal)各自第一次刊載了重要的女性主義法學文章，此後有數以百計的相關文章刊登在美國的各個法律刊物上。[7] 女性主義法學豐富的文獻大多產自北美，特別是美國；但是英國、西歐、澳洲以及其他女性主義開始挑戰既有法律秩序的地方，也不乏相關的研究。[8]

這門新興的學科被賦予不同的名稱，比如「女性主義法學」(feminist jurisprudence)、「女性主義法律理論」(feminist legal theory)、「女性主義法律學」(feminist legal scholarship)、「法學女性主義」(legal feminism)、

Steven Jay Gold eds., *Radical Philosophy of Law: Contemporary Challenges to Mainstream Legal Theory and Practice* (New Jersey: Humanities Press 1995), pp. 75-76.

5 Carol Smart, "The Quest for a Feminist Jurisprudence", in *Feminism and the Power of Law*, (England: Routledge 1989), p. 66.

6 Ann Scales, "Towards a Feminist Jurisprudence", *Indiana Law Journal* 56:3(1981), pp. 375-444.

7 Frances E. Olsen, "Introduction", in *Feminist Legal Theory Vol 1*, (England: Dartmouth 1995), p. vii. 這兩篇文章分別是： Frances Olsen, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform", *Harvard Law Review*, 96, 1947 以及 Ann E. Freedman, "Sex Equality, Sex Difference, and the Supreme Court", *Yale Law Journal*, 92, 913.

8 Carol Smart, "The Quest for a Feminist Jurisprudence", p. 66 。

「女性主義法律思想」(feminist legal thought)等等。其中比較常被使用的是「女性主義法學」與「女性主義法律理論」。「女性主義法學」一詞有明白宣示其作為一門法律思想的標竿性意義，不過也有學者避免使用女性主義法學一詞，比如始終對於應不應該建立一門新的「女性主義法學」充滿疑慮的英國後現代女性主義學者 Carol Smart。[9] 當然，女性主義法學在法學領域中是相當被邊緣化的，其存在與否、是否過度偏激、理論自主性更經常遭受質疑。

三、眾聲喧嘩的諸女性主義法學(Feminist Jurisprudences)

正如女性主義應該以複數(feminisms)表示，女性主義法學也同樣是複數(feminist jurisprudences)。女性主義法學的諸流派大致上皆可以被對應於女性主義的流派，這充分說明了女性主義法學比較是屬於女性主義的分支之一，正如女性主義社會學、女性主義史學一般。女性主義法學很明顯地與女性主義較為親近，而比較不是屬於諸法學流派的分支。比較特別的是女性主義批判法學(Fem-Crits)，是 1970 年代以來興起的批判法學(Critical legal studies，簡稱 CLS)的一支。[10] 以下分別就一些重要的流派做簡要的介紹：

（一）自由主義女性主義(Liberal Feminism)

自由主義女性主義是女性主義法學的最初表現型態。這同時也說明了女性主義法學一開始比較是自由的(liberal)而非基進的(radical)：女性主義者在自由主義的傳統下，努力挑戰、批判女人在法律上的無能力、無資格

9 從 1989 年 *Feminism and the Power of Law* 一書，到 1995 年的論文集 *Law, Crime and Sexuality: Essays in Feminism*，Smart 都沒有改變她對於建構女性主義法學的諸多懷疑：女性主義法律學者挑戰了法律中的性別歧視、批判了法學的男性性質(maleness)，但就是沒有批判「法學的必要性」與法律知識的權力關係。她質疑女性主義法學的建構，是不是也在另一方面重新鞏固了法學的真理性與正義性，只是用另一種內容（女人觀點的、女性經驗的）取而代之（父權的、男性宰制的）罷了？因此，她不將自己的理論稱為是女性主義法學。

10 關於這一點，批判法學者、女性主義者都存在有不同意見，容待後述。

(incompetence)，法律所宣稱的普遍性其實是部份的、不足的，因爲女人被排除而沒有被納入。[11] 女性主義者批判法律是性別歧視的(law is sexist)，因爲女人在法律上比男人更不利益、被用性別的理由來不當地特別對待、否認女人所應獲得的平等機會、忽視女人所受的性侵害。[12] 然而，她們並沒有挑戰法律規範本身的性質。這一派的女性主義法學者致力於爭取女性權利，追求形式平等。 1970 、 1980 年代的美國，女性主義法學者投注可觀的學術精力在辯論女人與男人是否相同？應該被平等對待還是差別對待？這就是有名的「相同 vs.差異」(sameness vs. difference)、「平等待遇 vs.特殊待遇」(equal treatment vs. special treatment)、「平等權利 vs.特殊權利」(equal rights vs. special rights)論戰。女人與男人的生理差異：母職(motherhood)引發了這場論戰。最高法院在兩個案例中否認懷孕歧視違反平等保障的態度[13] 激發了女性主義的批判，國會也另外制定懷孕歧視法案(Pregnancy Discrimination Act ， PDA)以資對抗，並且進一步使得女性主義分爲兩個陣營。而「美國平等就業機會委員會控告席爾斯公司性別歧視案件」（ EEOC v. Sears ，即 the Sears Case ）也是相同 vs.差異這場論戰中的重要資料之一，特別又因爲有女性主義史學者分別爲對立的兩方辯護，而同時也成爲女性主義、女性史、婦女運動的重要爭點。[14]

---

11 Patricia Smith, "Feminist Legal Critics: The Reluctant Radicals", pp. 73-77. 在此"liberal"意味著以平等待遇、個人價值的形式來爭取自由與正義，而"radical"則意指要求革命性的、根本的改變。

12 Carol Smart, "The Woman of Legal Discourse", in *Law, Crime and Sexuality* (London: SAGE, 1995), pp. 187-188.

13 這兩個案例是： 1974 年 Geduldig v. Aiello 案、 1976 年 General Electric Co. v. Gilbert 案。

14 The Sears Case 可說是相同／差異論戰的典型案件。該案件乃是美國平等就業機會委員會(Equal Employment Opportunity Commission , EEOC)控告席爾斯公司(Sears, Roebuck and Company)雇用員工時有性別歧視。平等就業機會委員會乃是美國聯邦政府根據 1964 年的民權法案第七章設立的，以負責監督和調查美國各大公司雇用員工之情況。席爾斯公司是美國最大的一家連鎖百貨公司，在 1968 和 1973 年時曾經受到平等就業機會委員會之糾正，實施積極糾正待遇方案，但 1979 年平等就業機會委員會之調查報告仍顯示糾正歧視方案之成效不佳，對席爾斯公司女性員工之薪資及實際地位改善有限。平等就業機會委員會於是提出告訴，控告席爾斯公司於雇用員工時有性別歧視。

這場論戰分爲強調相同(sameness)與強調差異(difference)的兩方，從而導出平等待遇(equal treatment)與特殊待遇(special treatment)兩種不同的主張。主張平等待遇的女性主義者認爲，法律基於男／女的差異而給予不同的待遇其實是一種「平等的陷阱」(the equality trap)，因此主張女性主義應該盡力限縮法律上基於性別的不同待遇，以平等待遇來對抗「女性無法符合男性標準以享受男性的特權或利益」這樣沒有被明說的預設。[15] Nadine Taub、Wendy Williams 都屬於這個陣營。主張特殊待遇的一方，如 Herma Hill Kay、Linda Krieger、Patricia Cooney，則將焦點放置在性別差異之上，認爲正是基於女人與男人的不同，所以女性不應該只是被「平等對待」，更應該進一步要求特殊待遇，也就是以差異作爲提倡特殊待遇的基礎。她們認爲，平等待遇的要求阻礙了女性主義對於真正平等的追求。

當雙方的論辯逐漸膠著，第三種聲音開始出現，讓這場論戰彷如柳暗花明又一村，進入一個新的境地。有學者開始質疑：我們是不是問錯了問題？相同 vs.差異的對立本身似乎就是問題；而分析是否平等的判別標準也欠缺進一步的檢視：不論是主張平等待遇或者差別待遇，都沒有挑戰實爲陽具中心的標準，只是要求女人去迎合男性標準。這種聲音已經逐漸脫離了自由主義女性主義的範疇，比如 Marie Ashe、Mary Joe Frug、Joan Scott 採用後現代主義來超越這場論戰，著名的基進女性主義者 Catharine MacKinnon 則以批判男性權力來解決差異的兩難。

無庸置疑地，自由主義女性主義以及其所引領的婦運法律改革，促成女性主義在法律領域的發展，開始將女性主義思想與行動帶入傳統的法學與法律實踐中，並且也結成了相當豐富的改革果實。不論多麼嚴厲的「反

法院於 1984 年方開始正式審理此案。席爾斯公司主張是差異而非歧視，而平等就業機會委員會則主張是歧視造成差異。1986 年，法院判定平等就業機會委員會無法證明席爾斯公司有性別歧視而敗訴。討論此案件的相關文章、專書數量眾多，台灣的文獻則首見於俞彥娟，〈婦女運動、女性主義、婦女史研究—從席爾斯公司的性別歧視案談起〉，《美國研究》，卷 21 期 1(1991)，頁 1-28。

15 Gary Minda, "Feminist Legal Theory", in *Postmodern Legal Movements Law and Jurisprudence at Century's End* (New York: New York University Press1995), pp. 130, 134.

自由女性主義者」，似乎都無法否認這一點。那麼爲何自由女性主義在現在似乎成爲眾矢之的、不再象徵進步而意味保守？正是由於對自由女性主義的運動成果與理論反省：經歷了這許多年，改革的曖昧性甚至反挫已經逐步浮現，人們不再只看到正面效果（女人擁有了許多前所未有的權利），而且也開始反思一些負面效應與曖昧之處（權利的不被落實、應當扮演公正仲裁者的國家卻反而是另一個更有力的父權者……），因此而促成了對於自由女性主義的反省批判：不論是在運動層次或者理論層次。這不宜被解讀爲女性主義有所謂階段線性的進步主義傾向，而比較是理論的自我反省與多元化的開展。而自由女性主義所引領的相同 vs.差異論戰，更矗立了女性主義（法學）史上的重要里程碑，成爲女性主義的經典議題之一。

（二）文化女性主義(Cultural Feminism)

女性主義心理學者 Carol Gilligan 的「不同的聲音」(different voice)觀點爲文化女性主義或關係女性主義(relational feminism)奠定基礎。專攻兒童心理發展的 Gilligan，是著名的道德發展心理學家 Lawrence Kohlberg 的學生，她領頭批判 Kohlberg 將男人的道德觀念做爲人類道德發展的標準，並基於此而貶抑女性道德發展、將不符合男性道德標準的女人打入低度道德的落後叢林。 Gilligan 反向閱讀 Kohlberg 用來作爲理論基礎的著名例子「漢斯難題」(Heinz dilemma)，提出跟 Kohlberg 完全相反的結論：並不是女童的道德發展低於男童，而是道德推理方式不同：男性將各種價值階層排序(a hierarchical ordering of values)、重視權利；女性則以人際關係的網絡來思考問題，著重關係。問題在於，男性的階層圖像(the image of a hierarchy)成爲法律體系的理論基礎，而女性的網絡圖像(the image of the web)則被邊緣化、摒除在外。 Gilligan 聆聽一些女人關於墮不墮胎的決定，重新分析漢斯難題，提出女性觀點的道德發展三階段論，並且主張一種照顧的倫理(ethic of care)。[16]

Gilligan 的理論促使文化女性主義者主張法律必須傾聽「女性的聲

---

16 Rosemarie Tong（刁筱華譯），《女性主義思潮》（台北：時報出版公司，1996），頁 280-286；Carol Gilligan（鍾淑兒等譯），〈不同的話音〉，《女性人》，期 1(1989)，頁 55-63；期 2(1989)，頁 82-87。

音」，將女性關於人際關係網絡的價值融入法律之中，並且主張一些自由式的改革措施，比如懷孕保護法、強制育兒休假等等，因此使得文化女性主義者在許多議題上被與自由主義女性主義並列。[17] 她的理論也爲主張差異、特殊待遇的女性主義者所援引而豐富了前述相同 vs.差異的論戰。不過，也有一些女性主義者拒絕 Gilligan 的理論，比如 MacKinnon 就曾與 Gilligan 在水牛城法學院進行一場有名的討論。[18] Gilligan 主張女人的聲音應該被傾聽並且賦予價值， MacKinnon 則認爲女人並沒有說出真正的心聲，因爲男人擁有權力：男人的腳踩在女人的喉嚨上，女人如何說出真心話？所謂不同的聲音其實來自於女人的受壓迫，而頌揚這種聲音的價值不過是強化了女性特質的刻板印象，並且繼續壓迫女人。 Gilligan 也面臨一些本質主義(essentialism)——僵化凝固女性特質——以及過度化約——沉迷於男性道德推理與女性道德推理的差異、因此忽略了女性聲音的差異性——的指責。[19]

文化女性主義所宣稱頌揚的「真正的女性聲音」隱含的本質論與化約論，確實構成致命性的打擊，但也並未因此而完全喪失價值。在許多婦運的法律改革上，文化女性主義所強調的「女性特質」、「傾聽女性的聲音」乃是一大助力。這不僅表現在個別法律領域的改革上，而且也根本地標示並撼動法律的「性別」。只是，我們必須更小心地面對女性特質的「建構性」與女性聲音的「差異性」，而非將之當成凝固不變的、單一同質的整體。

（三）基進女性主義(Radical Feminism)

基進女性主義以宰制理論(dominance theory)爲代表，知名的女性主義（法學）者 Catharine MacKinnon 更是典型的戰將與重要理論家。MacKinnon 於 1982 年、 1983 年在美國的女性主義刊物 *Signs — Journal of*

---

17 Gary Minda, "Feminist Legal Theory", p. 137.

18 Ellen C. Dubois 等，"Feminist Discourse, Moral Values, and the Law – A Conversation", *Buffalo Law Review*, 34(1985), pp. 11-87.

19 Rosemarie Tong（刁筱華譯），《女性主義思潮》，頁 286-287 。

Women in Culture and Society 上發表的兩篇文章，[20] 為宰制理論奠定基礎，並且也成為她日後研究的基礎理論架構。她的宰制理論是一種大理論(grand theory)，以性(sex)作為女人被壓迫、男人擁有權力的核心關鍵，在異性戀霸權的機制之下，男人更進一步擁有定義的權力，於是使得男性觀點成為客觀性的來源，並且成為唯一的真實。於是，就在這男性凝視(male gaze)下，女人被客體化了。依循著這個脈絡， MacKinnon 更進一步表示，國家是男性的：國家以男人看待女人的方式來看待女人。因此，法律上的性別不平等，並非一種不理性的歧視，而是法律理性本身的問題：所謂客觀中立其實根本就是男性標準。她批判法律的男性性質(the maleness of law)，分析國家如何透過法律而將男性權力機制化。 MacKinnon 早期對於女性主義與馬克思主義之間同異的比較，也讓她導出了女性主義方法的必要性：女性主義欠缺系統性的分析工具，而自覺(consciousness raising, CR)就是女性主義用來抵抗父權、建立自己方法論的最佳途徑。

於是我們看到，自由主義女性主義批判法律是性別歧視的，而基進女性主義則批判法律是男性的(law is male)。女性主義開始挑戰法律的性質，而非僅在既有的法律框架中努力將女人納入。回到相同 vs.差異的論戰，基進女性主義不同意差異論的說法，認為利用「女性特質」來證明「沒有歧視」，就是在為所有參與複製父權社會意識型態的任何行為脫罪，其結果是「差異正當化宰制」(differences justify dominance)，由於忽略了權力、宰制、霸權的運作，從而也就複製了父權運作的體系。基進女性主義不僅以批判「男性宰制」來超越相同 vs.差異的難局，也挑戰公／私領域的劃分：個人即政治(the personal is political)。男性權力的影響無遠弗屆，即便是被定義為是最私人的事情都不能逃脫，縱使用以判定是否構成強暴的「是否同意」要件，都是從男性觀點來定義何謂同意。藉此，基進女性主義批判了傳統法學將「性」定義為是個人、私領域的看法：那其實一點都不是「私事」。此外，色情也是其關注的另一個重點。基進女性主義認為色情暴力

---

20 這兩篇文章分別是："Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory" (*Signs*, 7:3(1982), pp. 515-544)和 "Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence" (*Signs*, 8:2(1983), pp. 635-658).

是女性臣屬的關鍵，因此致力於推動反色情的法案，比如， MacKinnon 與 Andrea Dworkin 由反歧視法推導出「色情是對公民權的侵害」。[21] 不過這種「色情就是一種性別歧視」的主張即便在女性主義界都是備受爭議的，對於反色情女性主義者最常見的批評，就是反色情陣營與非女性主義者的結盟，其實是對性自由的壓抑而非避免性壓迫：反色情的基進女性主義者相信，摧毀色情將終結女性的受壓迫，但如此一來多元性實踐的自由也將被一併掃除。

基進女性主義當然也受到其他的一些質疑。 MacKinnon 被評為是本質主義——將男人的性意識當成是超歷史的、毋需檢驗，亦即社會只建構女人，而男人是外在於文化的——，以及主張一種命定論：女人是全然既定的（ given ），而男性權力則是全能的。她對於自覺(CR)方法的提倡也被認爲是宣揚一種菁英主義式的自覺。[22] 而「法律是男性的」這樣的宣稱，將法律體系視爲一致的整體而忽視其內在矛盾，更假設法律體系是系統性地爲男性利益而服務，而階級、種族等則被當成是外在添加的變項。[23]

我們可以看到，基進女性主義與文化女性主義都面臨相類似的「本質主義」指控。當多元紛雜的女人面貌逐漸浮現，單一本質化的女性特質主張、或者一貫的男性宰制指控，就顯得單薄而欠缺說服力。然而，這畢竟無損於基進女性主義在女性主義法學運動上與理論上的貢獻，由於其精闢的理論深度、言簡意賅的口號與活躍的行動實踐，基進女性主義已經爲女性主義法學注入無比的生命力與信心。

（四）女性主義批判法學(Fem-Crits)

正如前所述，女性主義批判法學是比較獨特的、由法學領域的批判法學運動(CLS movement)發展出來的一門分支。批判法學興起於 1970 年代末期的美國，直到現在仍方興未艾。他們從左派的立場出發、以批判傳統法

---

[21] MacKinnon 與 Andrea Dworkin 成功地在明尼蘇達州與印第安那州的兩個地方順利通過反色情法令，但是最終仍舊遭到最高法院判定違憲。參見 Rosemarie Tong（刁筱華譯），《女性主義思潮》，頁 198-200。

[22] Carol Smart, “The Quest for a Feminist Jurisprudence”, pp. 76-78.

[23] Carol Smart, “The Woman of Legal Discourse”, pp. 163-164.

學爲職志，比現實主義法學(legal realism)更進一步揭露法律本身內在的矛盾與對立。批判法學認爲唯一正確的法律答案是不存在的，法律根本就是意識型態鬥爭的結果。他們分析法律內在一般原則與具體規則的矛盾衝突，從外在觀察者的角度或內在參與者的觀點解構地閱讀法律文本，以揭示法律的不確定性，說明意識型態無時無刻不在影響著法律，並且將法律當成是意識型態鬥爭的競技場。[24]

到了 1980 年代中期，批判法學陣營中開始出現女性主義的聲音，這些女性主義者被稱爲是女性主義批判法學者(Fem-crits)，她們強調被批判法學者所忽略的女性主體觀點，以性別爲分析架構來批判自由主義的法律概念。換句話說，批判法學認爲法律是一種政治(law is politics)，而女性主義批判法學則認爲法律是一種性政治(law is sexual politics)；[25] 批判法學抨擊法律不過是一種意識型態，而女性主義批判法學則指責法律是一種父權的意識型態。女性主義批判法學將焦點著重於許多不同的法律問題上，如性暴力、生育自主、色情、家庭等議題，並且也投注心力在討論批判法學的重點議題：權利論(the right thesis)。批判法學對於權利抱持高度的懷疑論，批判以自由主義信念爲基礎的「權利迷思」(the myth of rights)。有的女性主義法學者同意批判法學對於權利不確定性的質疑，但認爲女性的自主權利仍舊值得追求；[26] 而 Patricia Williams 、 Elizabeth Schneider 則從黑人民運與婦運的經驗出發，說明權利論述仍有其積極性的意義。[27]

然而，女性主義批判法學與批判法學之間存在有一種緊張關係，[28] 或

---

24 參見劉星，《法律是什麼？二十世紀英美法理學批判閱讀》（中國：廣東旅遊出版社，1997），頁 218-258。

25 Gary Minda, "Feminist Legal Theory", p. 141.

26 Frances Olsen, "Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis", in D. Kelly Weisberg ed., *Feminist Legal Theory: Foundation*, pp. 485-495.

27 Patricia J. Williams, "Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights", in D. Kelly Weisberg ed., *Feminist Legal Theory: Foundation*, pp. 496-506; Elizabeth M. Schneider, "The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement", in D. Kelly Weisberg ed., *Feminist Legal Theory: Foundation*, pp. 507-526.

28 Richard W. Bauman, *Critical Legal Studies: A Guide to the Literature* (U. S. A.: Westview Press1996), p. 163.

至少並非毫無疑義。有的學者認爲批判法學是女性主義法學興起的因素之一，[29] 甚至有認爲女性主義批判法學者與批判法學者的交疊業已使得批判法學運動「女性主義化」。[30] 但也有女性主義學者借用 Heidi Hartman 描述馬克思主義與女性主義關係的著名比喻來說明批判法學與女性主義的關係：批判法學與女性主義聯姻的結果，是兩者合而爲一，但這個「一」是批判法學而非女性主義，因此我們必須追求更健康的結合，或者乾脆離婚了事。[31]這種緊張關係其實正與女性主義和其他學科之間的關係類似：女性主義是附屬於各種學科，還是有其獨立的地位？女性主義批判法學與批判法學分享一些同樣的議題，似乎使得女性主義批判法學成爲批判法學的一部份：一種從性別觀點出發的批判法學。然而，女性主義批判法學不只是爲批判法學添增一個分析的面向，而且更挑戰了批判法學本身的性別盲目之處，[32]因此似乎不宜被視爲「附屬於」批判法學。

（五）後現代女性主義(Postmodern Feminism)

不論是自由主義女性主義、文化女性主義或者基進女性主義，她們在發展女性主義法學時，都採用了現代主義法學的架構：或者嘗試補全法律上不完整的真實，或者試圖改變理解真實的方法來改變真實，總之真實是存在的，問題在於如何搶奪真實的詮釋權。然而，由於後現代女性主義的刺激，女性主義法學不僅是作爲一種現代性的法學運動，還加入了後現代的行列。後現代女性主義批判現代主義女性主義對普遍性與真實的信仰、質疑其本質主義的傾向。她們運用解構的方式，強調法律語言如何在可被

---

29 Carrie Menkel-Meadow, "Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education, or The Fem-Crits Go to Law School", *Journal of Legal Education* 38(1988), pp. 61-85.

30 Gary Minda, "Feminist Legal Theory", p. 147.

31 Deborah L. Rhode, "Feminist Critical Theories", in Patricia Smith ed., *Feminist Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press1993), p. 594.

32 比如有關權利議題的討論，批判法學集中火力批判自由主義所建構的「權利迷思」，傾向於否定權利的積極性意義。但女性主義批判法學雖然對於權利也抱持一定的懷疑態度，但是更進一步質疑：是不是已經享有權利（即便僅是形式上）的「既得利益者」才會如此「虛無」？對於根本連形式上的權利都無法擁有的女人來說，爭取權利有其積極性的意義。由此，女性主義批判法學便根本地「改寫」了批判法學。

挑戰的性別(gender)與性(sex)的預設基礎上，建構了法律對於性／別平等的認識，並基於此質疑「客觀真實」存在的可能性與普遍性預設的錯誤。透過探究主體認同如何被性別言說所創造，後現代女性主義挑戰了現代主義下被定義爲言說主體的自我概念，並且思考法律的性別認同政治。她們也認爲女人之間並不存在本質上的共通性，批判文化女性主義、基進女性主義對於女性經驗的單一同質理解，轉而以多元、異質的觀點來探討女人的認同。[33]

後現代女性主義認爲法律是性別化的(law as gendered)，探尋法律如何作爲生產固著性別認同的過程：性別如何在法律中發揮作用？法律又如何生產性別？或者將法律當成是性別化的策略(law as a gendering strategy)，分析法律言說如何將女性(Woman)變成性別化的主體。[34] Carol Smart 開始將傅科的知識—權力理論運用到法學，強調將法律當成是女性主義鬥爭的場域，而非以女性主義重新鞏固法律在知識體系中的地位、以女性主義的真實取代父權的真實。[35] Mary Joe Frug[36]發表後現代女性主義的法學宣言，分析法律如何將女人建構爲被恐懼化的(terrorized)、性化(sexualized)與母性化(marternalized)。[37] Dennis Patterson 分析女性主義法學對於後現代主義的態度，並思考後現代觀點的女性主義法學所將呈現的面貌：以批判、實踐爲重點，以敘事爲形式，並致力於解構司法傳統。[38]

---

33 Gary Minda, "Feminist Legal Theory", pp. 141-144.

34 Carol Smart, "The Woman of Legal Discourse", pp. 190-195.

35 Carol Smart, *Feminism and the Power of Law.*

36 Mary Joe Frug (1941-1991)，一個讓人想起彭婉如的女性主義者。1991年4月4日的晚上，她在住家附近散步的時候慘遭殺害。Mary Joe Frug 死後，她的先生把她的文章集結成書(*Postmodern Legal Feminism*, New York: Routledge (1992))，而她多年在新英格蘭法學院的同僚、女性主義姊妹 Judith G. Greenberg 爲該書寫成導論"Introduction to Postmodern Legal Feminism"，這篇導論是與她的死亡不斷對話寫作而成：Frug 的死，是因爲她在不應該的時間在不該在的地方(in the wrong place at the wrong time)，還是單純就因爲她是女人？

37 Mary Joe Frug, "A Postmodern Feminist Legal Manifesto", in *Postmodern Legal Feminism*, pp. 125-153.

38 Dennis Patterson, "Postmodernism/Feminism/Law", in Dennis Patterson ed.,

許多女性主義者對後現代女性主義抱持著疑慮，特別是針對後現代主義可能會消解女性主義的積極能動性、淪於過度虛無這一點。 Jennifer Wicke 認為法律不應該「嫁給」後現代主義，因為弱勢群體也會從運用法律來抵抗中建立主體性。[39] Nancy Fraser 與 Linda Nichoson 擔憂後現代主義的論述太過貧弱，以至於無法改變性別結構的壓迫問題。[40] Robin West 在批判當代法學是男性的、性別盲目(gender-blind)之餘，認為後現代主義其實複製了她所批判的男性價值與利益。[41]

由於這許多的質疑，使得後現代女性主義者總是必須要忙著澄清：我不是反女性主義者！我沒有拒絕行動！這樣的焦慮（同時也反映了現代性理論的焦慮）充分顯現在各個後現代女性主義法學者的文章中。後現代女性主義揚棄了真實、正確的代現(representation)、正當性、客觀性這些現代性的課題，轉由言說與敘事來分析「女人」是如何在法律中被建構，問題化並重構法律用以創造女人的許多語彙。正是這樣的理論取徑被指控為「虛無而欠缺行動力」，而面對這種批評也似乎成了所有後現代思想的「宿命」。而且，後現代女性主義不提供未來的理想藍圖，更時常使人懷疑其除了解構之外、還能重構什麼？然而，這樣的批評或者是出於一種誤解：不提供藍圖，是因為只有在特定脈絡的實踐中，才能創造出特定課題的「解答」。因此，提出理想藍圖是違背後現代信念的，這也不應被解釋為後現代女性主義「只破壞而不行動」。而解構就比較沒有行動力嗎？似乎也不見得，比如 Mary Joe Frug 就重新賦予反色情陣營力量：將之理解為一個「解構色情」而非「摧毀色情」的機緣，藉此改變我們對於性的看法與行為（而非

Postmodernism and Law, Aldershot: Dartmouth, 1994, pp. 305-368.

39 Jennifer Wicke, “Postmodern Identity and the Legal Subject”, 轉引自 Mary Joe Frug, *Postmodern Legal Feminism*, pp. 18-19.

40 Nancy Fraser and Linda Nicholson, “Social Criticism Without Philosophy: An Encounter between Feminism and Postmodernism”，轉引自 Gary Minda, “Feminist Legal Theory”, pp. 144-145.

41 R. West, “Jurisprudence and Gender”, *University of Chicago Law Review* 55(1988), pp. 1-72.

廢除、簡化性）。[42]

（六）後殖民女性主義(Post-colonial Feminism)

後殖民女性主義在1980年代的興起，讓西方白人中產階級的女性主義面臨了被挑戰的危機，使得女性主義中的差異與多樣性更爲豐富。後殖民女性主義著重探討政治、經濟、文化和國家內部不同族群之間的殖民結構對女性的衝突與影響，強調性別、階級、族群與國家在論述上的不可分割性，換言之，她們處理多元認同的問題。後殖民女性主義更批判西方白人中產階級女性主義不自覺的殖民心態、主宰女性主義的走向，將白種中產階級女人的處境與訴求當成是全體女人的處境與訴求，而罔顧其他種族、階級、國家女性的處境與不同需求。[43] 黑女人女性主義者(black feminists)宣稱，白人女性主義自認爲代替所有的女人發言，但卻忽視、甚至排除了有色人種女性的經驗與聲音，結果是不論「不同的聲音」、「照顧倫理」或「宰制理論」都無法有效地捕捉種族主義與性別歧視在定義黑女人位置時的動態性，甚至造成有色人種女性的不利益。[44]

不過，這些黑女人女性主義者在挑戰白人女性主義的同時也不免於被批判。黑女人女性主義指責白人女性主義將白人女性的經驗與需求普遍化，因此忽略、漠視黑女人；但是亞洲女性主義者、拉丁女性主義者等又進一步批判她們所定義的「有色人種女性」(women of colour)其實只包含「非裔美國女人」(African-American women)，其他族裔、第三世界國家的女人還是被忽略了。後殖民女性主義者特別強調必須擺脫白人女性主義的西方中心觀點，批判那種將第三世界或者非白種女性視爲無知、落後、野蠻的

---

42 Mary Joe Frug, "A Postmodern Feminist Legal Manifesto", pp. 145-153.

43 邱貴芬，〈後殖民女性主義〉，收於顧燕翎主編，《女性主義理論與流派》（台北：女書店，1996），頁239-257。後殖民女性主義可以說是對台灣而言意義非凡的一種女性主義法學理論。作爲一個經歷「非西方」的日本殖民帝國統治、並且在這樣的殖民脈絡下繼受了西方法的國家，台灣所處的後殖民情境亟待我們運用後殖民女性主義的理論工具去分析，在法律近代西方化的過程中殖民主義、性別、族群、階級等因素扮演何種角色；而在殖民狀態結束後，另外一個同樣是西方式的法律體系（中華民國法體系）在台灣建立與發展的過程中，後殖民情境與該法體系的關係又是如何。

44 Gary Minda, "Feminist Legal Theory", pp. 147-148.

殖民心態，拒絕殖民論述所塑造的刻板印象。比如 Lama Abu-Odeh 對於阿拉伯女人戴面紗的研究，她描述面紗對於不同階級女性的宗教、社會意義，以及阿拉伯男人的榮譽與女性親屬身體之間的複雜關係，說明正當化戴面紗的多元理由：從一個女人對於自我身體的矛盾情感到作爲反抗性騷擾的一種方式都有可能。[45]

四、對抗父權制的不同理論進路

女性主義法學的風貌紛雜而多姿，彼此之間也不無干隔之處，不過她們都分享一個共同的信念，那就是：反父權。接下來即是要將女性主義法學放置在特定的理論進路來觀察，不同的理論進路如何批判、對抗父權制？當然存在有各種不同的分類方式，[46] 以下我要介紹 Carol Smart 在〈女性主義法學〉一文中相當精彩的類型化分析。[47]

（一）單一理論進路(The master approach)

所謂單一理論進路指的是企圖用一種解釋模式來說明一切的進路。許多女性主義法學者認爲女性的被壓迫可以從分析「父權制的運作機制」或者「男人的需求」得到完全的解釋。從 1970 年代開始，許多女性主義理論試圖建立一種理論來解釋女人的被壓迫，在這個影響之下女性主義法學早期的作品也呈現出這樣的特色。 Smart 檢驗了兩個經典的女性主義法學者來說明這種理論進路。

---

45 Lama Abu-Odeh, “Post-Colonial Feminism and the Veil: Considering the Differences”, in Frances E. Olsen ed., *Feminist Legal Theory* Vol. 1 , pp. 523-534.

46 比如 Judith G. Greenberg 就區分「相同 vs.差異」、「宰制」、「文化代現論」三種模式(Judith G. Greenberg, “Introduction to Postmodern Legal Feminism”, in Mary Joe Frug, *Postmodern Legal Feminism*, pp. x-xx)； Patricia A. Cain 區分「抽象理論」與「相關法律學科」兩者(Patricia A. Cain, “Feminist Legal Scholarship”, *Iowa Law Review* 77[1991], pp. 20-29)。

47 Carol Smart, “Feminist Jurisprudence”, pp. 162-185. Smart 在建構這些範疇的時候特別強調，這些範疇是不固定而流動的，她只是在敘說一個「女性主義法學的故事」，當然還會有其他版本的故事。她最後也還是對女性主義法學的未來展望提出質疑與批判。

首先是 Janet Rifkin 發表於 1980 年的〈邁向法律與父權制的理論〉一文。[48] Rifkin 這篇文章試圖探究法律與父權制的起源，她雖沒有使用女性主義法學一詞，但是使用女性主義法學的概念作爲分析的工具，以建立文化、父權制與法律之間的聯繫。她運用結構人類學的知識，說明父權制的起源乃是女人的交換，而與此同時女人也成爲一種財產。這樣的分析一方面說明了文化的起源奠基於父權價值，另方面財產概念的出現使得女人成爲一種商品或財產。而法律的兩大目的就在保障（男人的）財產與神秘化父權秩序。結果是，法律正當化了女人的從屬與被壓迫，並頌揚男性價值。那麼，既然法律是奠基於文化，它也就奠基於女人的被壓迫。經由這樣的分析， Rifkin 論證法律改革或者立法並不能完全解決問題。 Rifkin 的理論促成了從強調生物性到文化性的典範轉移：男性特質與男性價值是文化建構的，而非生物性的經驗事實。她因此建立了一個概念化模式的新典範：法律是男性權威的象徵。

其次是在前述基進女性主義的部份已經介紹過的 MacKinnon 。她的理論以性(sexuality)做爲女人受壓迫的主要關鍵，宣稱壓迫的根源是性、而壓迫的過程則是透過男性凝視的客體化，至於挑戰壓迫的方法則是用自覺來爲新型態的知識提供基礎。她的理論缺陷正是單一理論進路的問題所在：假設法律與國家都是單一體，而法律只不過是國家的工具，並且存在有一致的（男性）利益是它們所要達成的。這樣的說法將種族與階級等其他的壓迫都被整合入性別壓迫之中，沒有其他壓迫存在的餘地。

我們可以從 Smart 所舉出的這兩個例證中看到，單一理論路徑顯示了女性主義法學理論化的努力，她們嘗試建立一種普遍的、放諸天下而皆準的解釋模式來達成此理論化的目的。然而如此一來，則面臨了與基進女性主義相同的理論困境：抹滅了多元異質的經驗與存在，獨尊特定種族、階級……所面臨的性別壓迫，並且將此種性別壓迫當成是唯一核心的壓迫。

---

48 Janet Rifkin, "Toward a Theory of Law and Patriarchy", *Harvard Women's Law Journal* 3(1980), pp. 85-95.

（二）經驗／認識論的進路(The experiential/epistemological approach)

這種進路認爲女性經驗應該被作爲法學的基礎，並且努力建立一種新的女性主義認識論，以批判傳統男性的認識論與男性的法學。這種理念在 MacKinnon 的理論中便已出現，而後爲其他的女性主義者所進一步發展。MacKinnon 的進路爲北美一派的女性主義者所承繼，而斯堪地那維亞半島的女性主義者則發展出社會科學的進路。這兩者的共同點是：透過女性經驗的揭露與溝通，來改造法律的內容與形式、正義與公平的概念，並且作爲法學與知識的基礎、生產新的認識論，藉以挑戰法學的正統性與方法。也就是用女性經驗來建立新的女性主義法學。不過北美採用自覺(CR)的方法，而北歐則是依靠社會科學研究法。[49]

1.經驗、自覺與認識論：北美的進路

Smart 舉出三個女性主義法學者的研究來說明這種進路。 K. Lahey 提供了一個相當好的例證。[50] 她並非旨在提供女性主義一個可用以代替父權知識的新的真實，而是以自覺作爲一種製造理解時刻(moments of knowing)的方法。 Lahey 所理解的自覺方法是一種持續的不完美抗爭、永遠的不確定。她反對抽象理論的演繹，無意和 MacKinnon 一樣建構單一的解釋，她要用自覺來生產女性主義理論，但是必須在持續深植於女性經驗的條件之下才能算是女性主義。

第二個例子是 H. Wishik 。[51] 她認爲女性主義法學著眼於探究法律在維繫父權霸權上所扮演的角色，這樣的探討必須以女性的具體經驗爲基礎，而探求女性經驗的方法就是自覺。她並且進一步說明，女性主義法學可以創造一個沒有父權的美麗新世界。這就未免過度忽視法律在改造社會現實上的有限性。她也沒有意識到不同的女人可能有不同的需求，更假設

49 北美女性主義所發展出的「自覺」方法在女性主義理論中佔據重要的位置，而相對地北歐的社會科學方法則很少受到重視。

50 K. Lahey, "… until women themselves have told all they have to tell …", *Osgood Hall Law Journal* 23(1985), pp. 519-541.

51 H. Wishik, "To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence", *Berkeley Women's Law Journal* 1(1986), pp. 64-77.

所有的女人都應該加入自覺的行列。

最後是提出女性主義法學一詞的 Ann Scales 。[52] 她以女性主義精神分析學者 Dorothy Dinnerstein 與 Gilligan 的研究爲基礎，探究法律的客觀性如何否認女性經驗的現實，並說明客體化是女性受壓迫的根源，而客觀性則在文化意義與精神分析的層次都是男性特質的展現。 Scales 認爲我們必須捨棄對客觀性的追求，改以結果導向的評價(results-oriented)與能夠表現女性經驗的方法來取而代之，那就是自覺。不過， Scales 這種結果導向的評價是有問題的：對於何謂好的結果並無定論，而這與法官們目前所做的也相距不遠。

Smart 認爲，北美這種自覺的進路所面臨的問題在於，對於自覺實踐的批判性評價被忽略了。自覺往往製造用來代替客觀性的、更有力的真實，呈現單一的女性聲音，而非多元異質的呈現。換言之，這種訴諸女性經驗的進路並不挑戰客觀真實的必要性，只是宣稱自覺是更可靠的獲得知識的方法。

確實，不論後殖民女性主義或者後現代女性主義的反思都已經告訴我們，自覺並不是女人最終的救贖，反而隱藏了許多的曖昧性甚至宰制。雖然自覺確實是重要的女性主義活力泉源，也是促生女性主義意識的重要場域，但我們必須更小心地面對「啓蒙」式的自覺所可能隱藏的諸多問題。

2.經驗、社會科學與法律：北歐的進路

北美的女性主義法學者運用自覺的方法作爲挑戰法律正統性的方式，而位於斯堪地那維亞半島的奧斯陸女性法律研究中心(the Institute of Women's Law at Oslo)則用女性主義的社會科學研究法來探究女性經驗，並以之重建法學。這表現在 Tove Stang Dahl 的研究中。[53] 她的預設是：「女人」並非一個抽象的概念，而是具體的、能被自動認知的範疇。這樣的預設忽略了女性主義在建構女人作爲一個特定範疇上面所扮演的角色，而將

[52] Ann Scales, "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay", *Yale Law Journal* 95(1986), pp. 1373-1403.

[53] Tove Stang Dahl, *Women's Law: An Introduction to Feminist Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press 1987).

男／女的區別當成是先於文化的真實。 Dahl 主張一種以女人爲中心的觀點，從女人的需求與觀點來重新定義正義的概念。

她的社會科學研究法與北美的自覺方法有所不同。首先，她關注的是「女性意識」(women's consciousness)而非「女性主義意識」(feminist consciousness)，以此她認爲應該建構新的法學範疇，比如金錢法(money law)、生育法(birth law)等等，傳統的法學範疇必須被打破，並依照女人需求的基礎來予以重組。不過，她對於女人的需求仍有倫理的預設，只是把預設當成是不需檢驗的，於是她素樸的「女性經驗與意識」就可能跟正確的女性法律架構產生矛盾與衝突。其次， Dahl 並沒有把她的分析放在國家理論或者法律理論中檢視，而 MacKinnon 視爲核心的權力問題就被忽略了。第三，她主張把社會科學的方法帶到立法與法律實踐中，以改變既存的法律並製造女人的法律，但是她並沒有批判傳統的法學方法與邏輯，反而把法學方法當成是一種中立的工具。也就是說，她運用社會科學方法，對於女人生活進行經驗性研究，以更正既有的法律。結果是，與北美一派同樣談結果導向（在此是 consequence-orientated ）、談真正的(realistic)法律理論，但是理論脈絡已大不同矣。最後， Dahl 的研究與北歐其他的女性主義者也有所不同，她誤以爲社會科學方法是沒有問題的、可以提供最好最正確的解答。

Dahl 素樸的「女性經驗與意識」與對社會科學真理的信念確實存在有許多缺陷、問題。不過，她所提出「建構新的法學領域」這樣的創新觀點令人耳目一新，提示了女性主義法學一個新的可能性：不只可以用女性觀點與女性經驗重寫法學諸領域、重構法學思維邏輯，甚至可以拆解法學領域的分類體系。

（三）心理學／道德論證模式的進路(psychological/modes of reasoning approach)

這種進路的典型代表是前面已經介紹過的 Gilligan 的研究，爲「法律是男性」的指控提供發展心理學的解釋。 Gilligan 在批判了 Kohlberg 道德發展理論的男性中心之後，重新評價男性與女性在道德發展上的差異。男性的道德論證模式是一種正義的倫理：強調權利、客觀、理性、與情緒的

疏離，它成爲法律體系的基礎。法律之所以是男性的，是因爲男性的道德論證模式被當成法律體系的基礎。而女性的模式則是照顧的倫理：注重關連性、主觀的情緒與維持關係的責任，是被忽視並且被賦予較低價值的。她認爲兩種模式都應該被發展，而非單重其一。這造成了 Gilligan 理論上的弱點，因爲她假設法律是依照正義的倫理而運作，並非以客觀中立性的宣稱行使其權力。她也忽略了照顧的倫理其實早已是法律體系的一部份。

心理學／道德論證模式的這種進路，根本性地挑戰法學體系所藉以建立的男性道德思維。然而正如前述對於文化女性主義的批評，此種進路雖然可以賦予女性主義法學在改革上相當的力量，但是難逃本質主義與過度簡化的指控。

（四）重新定義社會正義／侵害的進路(social justice/harm approach)

重新定義社會正義／侵害的進路試圖建構可以被實踐於法律中的女性主義價值。前述北歐 Dahl 的研究已經採用了這個策略來重新定義正義的概念。不過在此 Smart 所要談的是美國跟澳洲的一些不同的研究。這個進路的核心是重新定義何謂侵害(harms)，比如將性騷擾、色情定義爲一種侵害，從而重新定義社會正義。換言之，將對於傷害的瞭解從一種傳統基督教定義下的道德侵害，轉移到一種女性主義意義下的對女人的侵害。

H. Wishik 認爲女性主義法學可以確認父權法律所造成的侵害，並且造就一種不被父權侵害的存在，[54] 不過她並沒有聚焦地運用侵害的概念，因此不太具有策略上的意義。 West 則更特定地使用侵害一詞來嘗試重建女性主義法學，並且認爲這將帶來烏托邦的新世界。[55] 她質疑奠基於權利的傳統法學根本就是有問題的，女性主義法學必須以一種能夠顯示女人存在的方式來重新明確表達女人的權利。比如墮胎權不應該是一種私密的權利，而應該是一種對抗特定身體侵犯(invasion)的權利。這種方式的優點是，似乎只要證明是一種侵害，就有資格要求法律必須保護。但是並非所有的

---

[54] H. Wishik, "To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence", *Berkeley Women's Law Journal* 1(1986), pp. 64-77.

[55] R. West, "Jurisprudence and Gender", *University of Chicago Law Review* 55(1988), pp. 1-72.

女人都以一種被侵害的感覺體驗懷孕，更可能帶來對孕婦更多的醫療干預與控制。問題在於，這種定義有可能是不顧當事者的意識或觀點的，更將特定女性主義觀點的女性經驗當成是所有女人的經驗。

A. Howe 則提供了一種更實用的進路。[56] 她認爲應該改採社會損害(social injury)一詞取代侵害(harm)，認爲這是法律所能夠承認、並且也是較有行動可能的。她並且將此當成是一種政治行動的形式，而非是將女性主義法學理想化。她認知到女性的異質性，認爲以女性經驗爲基礎來重新定義社會侵害能夠調和差異。不過她並不認爲重新定義就必然導向採取特定的法律行動——特別是犯罪化，而是在重新定義與法律回應之間不斷的游動。因此對她而言，重要的是重新定義，而非採取法律行動。然而問題也就發生在這裡：我們並不清楚哪些侵害應該採取法律行動對抗之、而哪些並不需要，她並沒有明確告訴我們在何時、如何使用社會侵害的概念。這是因爲 Howe 對於是否應該以法律與法律的權力來規範我們的存在（即便是女性主義的）抱持著疑慮的緣故。

基本上，這種理論進路著眼於「重新定義侵害」，換言之也就是要以女性主義的法律定義來取代傳統的男性定義，乃是一種不劇烈翻轉既有法律體系、而從中尋求改變的理論進路。但是在建立女性主義的新定義時，也就是確認何時構成侵害、侵害的定義爲何的時候，女性主義顯然也面臨了難以斷下結語、不知如何面對差異的窘境。

五、結語

女性主義法學的誕生，意味著女性主義對於法律的批判，不僅是素樸地剖析法律對於女人的歧視與不公平、要求改革，而且進一步地理論化與自我反省。這些理念、立場、策略不一的各種女性主義法學思潮，更讓我們看到異質性的不斷被剖析與呈現，理論進路的豐富多樣也足以有力地駁

---

56 A. Howe, " "Social Injury" Revisited: Towards a Feminist Theory of Social Justice", *International Journal of the Sociology of Law* 15:4(1987), pp. 423-438.

斥那些認爲女性主義法學「不夠格」稱得上是一門學科的質疑。

自由女性主義開啓了女性主義通往法學的大門，而陸續發展出的各種女性主義法學思潮，更進一步繼續從各種面向批判、拆解傳統法學的基石。文化女性主義徹底反省了各種法律道德價值所隱含的性別偏見，強調女性價值與女性聲音的重要性。作爲基進法律改革的前鋒戰將，基進女性主義既深化理論也實踐行動。女性主義批判法學將法學視爲一種性政治的運作型態，從各種法律議題中發掘並批判父權意識型態在其中的作用。棄絕了對真實的信仰而改由解構言說著手，後現代女性主義分析了法律言說如何創造女人、建構並固著性別認同。而後殖民女性主義則強調性別、階級、族群、國家等分析要素的不可分割性，更進一步在地化(localize)女性主義法學理論。

觀察台灣的情境，正因爲法律在女性的被壓迫上扮演關鍵性的角色，婦運從萌芽到現在都以法律改革作爲實踐的一個很重要的場域。從民法親屬繼承編的修法運動、刑法上有關性犯罪的檢討、兩性工作平等法的推動等等，對於各個法律領域的批判與重構，已經是台灣的女性主義與婦運不可分割的一部份。從本文前述的分析，我們可以看到女性主義法學的理論建構與實踐，是與批判法律體系、從事法律改革不斷對話的過程。一方面從法律改革的經驗與對法律體系的批判來建構理論，進行理論的實踐；另方面理論也爲行動提供可能、對行動從事反思的工作。因此我們期待，眾聲喧嘩女性主義法學理論，能夠成爲台灣婦運與女性主義的泉源之一，並且更進一步從台灣的經驗與反省來思考一種新的在地理論的可能。